

**FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO**

DAYANE GINELI ALVES

**A TEORIA DO CONTROLE JURISDICIONAL DA
CONVENCIONALIDADE DAS LEIS: VISÃO INTERNACIONALISTA
VERSUS POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
MONOGRAFIA**

**CACOAL – RO
2016**

DAYANE GINELI ALVES

**A TEORIA DO CONTROLE JURISDICIONAL DA
CONVENCIONALIDADE DAS LEIS: VISÃO INTERNACIONALISTA
VERSUS POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada à Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação da professora Mestra Daeane Zulian Dorst.

**CACOAL - RO
2016**

Alves, Dayane Gineli.

A474t A teoria do controle jurisdicional da convencionalidade das Leis: visão internacionalista versus posicionamento do Supremo Tribunal Federal / Dayane Gineli Alves– Cacoal/RO: UNIR, 2016.
45 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação).
Universidade Federal de Rondônia – Campus de Cacoal.
Orientadora: Profa. M.^a Daeane Zulian Dorst.

1. Direito constitucional. 2. Internacional. 3. Tratados internacionais. 4. Hierarquia constitucional. I. Dorst, Daeane Zulian. II. Universidade Federal de Rondônia – UNIR. III. Título.

CDU – 341:342

A TEORIA DO CONTROLE JURISDICIONAL DA CONVENCIONALIDADE DAS LEIS: VISÃO INTERNACIONALISTA VERSUS POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

DAYANE GINELI ALVES

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, para obtenção do grau de Bacharel em Direito, mediante a Banca Examinadora formada por:

Professora M.^a Daeane Zulian Dorst - UNIR - Presidente

Professora M.^a Kaiomi de Souza Oliveira Cavalli - UNIR - Membro

Professor M.e Silvério dos Santos Oliveira - UNIR - Membro

Conceito: 91

Cacoal, 13 de julho de 2016.

Dedico este trabalho aos meus amados pais, Jorge Alves e Isabel Gineli por sempre acreditarem em meu potencial e por sempre me apoiarem.
Aos meus queridos irmãos Magno, Karine e Mônica por vibrarem com minhas vitórias.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por me ajudar nos momentos difíceis e por permitir que finalizasse mais uma etapa de minha vida.

A minha querida orientadora, Professora M.^a Daeane Zulian Dorst pela paciência e disponibilidade em transmitir seus conhecimentos.

À Professora M.^a Sônia Mara Nita, pela ajuda na elaboração deste trabalho.

A minha amada mãe Isabel Gineli Alves pelo auxílio constante e pelo incentivo para meu crescimento profissional e pessoal.

"Se os fracos não têm a força das armas, que se armem com a força do seu direito, com a afirmação do seu direito, entregando-se por ele a todos os sacrifícios necessários para que o mundo lhes não desconheça o caráter de entidades dignas de existência na comunhão internacional." (Rui Barbosa, 1917, p. 74).

RESUMO

O trabalho em questão apresenta a análise da Teoria do Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis, que trata da possibilidade de se proceder à compatibilização vertical das normas infraconstitucionais não só tendo como parâmetro de controle a Constituição, mas também os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país, tendo para tanto a premissa de que todos os tratados internacionais de direitos humanos têm *status* de norma constitucional conforme art. 5º, §2º, da CF/88 e os tratados internacionais de direitos humanos que forem aprovados pela maioria qualificada do art.5º, §3º, da CF/88 são equivalentes as emendas constitucionais, sendo deste modo paradigmas de controle de normas infraconstitucionais no Brasil. De outro lado, verifica-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a fim de verificar a possibilidade de haver além do controle de constitucionalidade convencional, a existência de um controle de convencionalidade das leis. Para sua realização foi utilizado o método dialético e o procedimento técnico aplicado foi de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Direito constitucional. Internacional. Tratados internacionais. Hierarquia constitucional.

ABSTRACT

The work in question presents the analysis of Jurisdictional Control Theory Conventionality Laws, which deals with the possibility of proceeding to the vertical compatibility of infra-constitutional norms not only to a control parameter the Constitution but also international human rights treaties in force in the country, and for both the premise that all international human rights treaties have constitutional rule status as art. 5, paragraph 2, of the Constitution and international human rights treaties that are approved by a qualified majority of art.5º, paragraph 3, CF constitutional amendments are equivalent, and thus control paradigms of infra-constitutional norms in Brazil. On the other hand, there is the position of the Supreme Court in order to check the possibility of constitutionality beyond the conventional control, the existence of conventionality control laws. For its realization was used the dialectical method and the applied technical procedure was literature.

Keywords: Constitutional right. International. International treaties. Constitutional hierarchy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A HIERARQUIA NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO.....	11
1.1 A SOBERANIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	12
1.2 A INTERNALIZAÇÃO E O <i>STATUS</i> CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL	14
1.3 A HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E A EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004	17
2 A TEORIA DO CONTROLE JURISDICIONAL DA CONVENCIONALIDADE DAS LEIS NA PERSPECTIVA DA DOUTRINA INTERNACIONALISTA.....	20
2.1 A DUPLA COMPATIBILIDADE VERTICAL MATERIAL COMO PRESSUPOSTO DE VALIDADE DAS NORMAS.....	21
2.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O RESPEITO AOS DIREITOS EXPRESSOS E IMPLÍCITOS NA CONSTITUIÇÃO.....	23
2.3 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE (DIFUSO E CONCENTRADO)	25
2.4 O CONTROLE DE LEGALIDADE	30
3 A HIERARQUIA NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS E O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	33
3.1 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS	34
3.2 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS EQUIVALENTES A EMENDAS CONSTITUCIONAIS.....	37
3.3 TRATADOS INTERNACIONAIS COMUNS.....	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	40
REFERÊNCIAS.....	43

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a Teoria do Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis, a fim de identificar se podem os tratados internacionais de direitos humanos que têm *status* de norma constitucional (art. 5º, §2º, CF/88) ou que são equivalentes as emendas constitucionais (art.5º, §3º, CF/88) ser paradigmas de controle de normas infraconstitucionais no Brasil, bem como se o Supremo Tribunal Federal aceita, além do controle de constitucionalidade convencional, a existência de um controle de convencionalidade das leis.

Observa-se que a importância na realização deste apoia-se no fato de que a Teoria do Controle Jurisdicional de Convencionalidade das leis trata da possibilidade de se proceder à compatibilização vertical das normas infraconstitucionais não só tendo como parâmetro de controle a Constituição, mas também os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país, para tanto depende da locação hierárquica que terá estes no ordenamento jurídico interno segundo a interpretação do art. 5º §§ 2º e 3º da CF/88.

Ocorre que conforme a doutrina internacionalista Mazzuoli (2009), Mello (2008) e Piovesan (2012) os tratados internacionais de direitos humanos têm *status* de norma constitucional conforme art. 5º, §2º, da CF/88 e os tratados internacionais de direitos humanos que forem aprovados pela maioria qualificada do art.5º, §3º, da CF/88 são equivalentes as emendas constitucionais, sendo deste modo paradigmas de controle de normas infraconstitucionais no Brasil, ou seja, além do controle de constitucionalidade convencional, existe o controle de convencionalidade das leis que corresponde à compatibilidade vertical do direito interno com os tratados de direitos humanos em vigor.

Contudo, a doutrina e a jurisprudência brasileira têm dado interpretação divergente quanto a hierarquia e o *status* normativo dos tratados internacionais no direito brasileiro, de modo que entendem que os tratados internacionais de direitos humanos não aprovados por *quorum* qualificado possuem apenas *status* supralegal, e os tratados de direitos humanos aprovados pelo *quorum* qualificado são equivalentes as emendas constitucionais.

Nota-se que o § 2º do art. 5º da Constituição (1988) não foi claro e objetivo quando se referiu ao *status* normativo dos direitos previstos em tratados internacionais, gerando no direito brasileiro diversas interpretações em relação a este dispositivo, deste modo, analisa-se neste trabalho o entendimento de Mazzuoli (2009) constante na Teoria do Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis e o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

Assim, o trabalho é compõem-se de três capítulos. Inicialmente aborda-se o *status* normativo dos tratados internacionais de direitos humanos e dos tratados internacionais comuns segundo o entendimento da doutrina internacionalista dos autores Mazzuoli (2009), Mello (2008) e Piovesan (2012).

No segundo capítulo é analisada a Teoria do Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis desenvolvida no Brasil por Mazzuoli (2009). Mostrará a dupla compatibilidade vertical material como pressuposto de validade das leis, e o controle de convencionalidade (difuso e concentrado) das normas infraconstitucionais.

No terceiro, aborda-se o *status* hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos e dos tratados internacionais comuns, segundo entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal firmado no RE 466.343/SP.

Nessa esteira, para versar sobre a Teoria do Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis, e sobre o posicionamento internacionalista e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, foi empregado na pesquisa o método dialético.

Ademais, o procedimento técnico aplicado foi a pesquisa bibliográfica a partir da teoria desenvolvida pelo doutrinador internacionalista Valério de Mazzuoli, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e demais materiais já publicados, principalmente livros doutrinários, jurisprudências pátrias, e artigos científicos referentes ao tema.

1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A HIERARQUIA NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO

O processo de institucionalização de tratados internacionais de direitos humanos pelo Direito brasileiro se deu a partir da promulgação da Constituição de 1988, tendo como marco inicial a ratificação da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 1989 (PIOVEZAN, 2012).

Desde então o Brasil ratificou inúmeros outros importantes tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, de forma que atualmente se encontram ratificados pelo Brasil, e em vigor no país, praticamente todos os tratados internacionais significativos sobre direitos humanos pertencentes ao sistema global de proteção dos direitos humanos e ao sistema interamericano de direitos humanos, acrescentando um *rol* significativo de novos direitos e garantias aos já existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Diante do contexto internacional de valoração e proteção dos direitos humanos a Constituição Federal de 1988 trouxe como princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, em seus artigos 1.º, III, e art. 4.º, II, respectivamente a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos como princípio orientador das relações internacionais, instituindo desta forma princípios jurídicos novos com uma carga valorativa de grande importância para todo o ordenamento jurídico pátrio.

Neste cenário “de reconstrução do valor dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional” (PIOVESAN, 2012, p. 42), reconstrução essa que se fez necessária após a Segunda Guerra Mundial, diante das atrocidades cometidas pelo nazismo e a imensa gama de violações de direitos humanos da era Hitler, a Constituição de 1988 seguiu a tendência internacional de proteção dos direitos humanos incluindo no sistema jurídico brasileiro direitos e garantias advindos de tratados internacionais que o Brasil seja parte, conforme trouxe no texto do artigo 5.º, § 2.º, *in verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988).

Assim os direitos e garantias previstos em Tratados Internacionais de Direitos Humanos de que o Brasil seja parte estão inclusos no rol dos direitos e garantias fundamentais do artigo 5.º da Constituição Federal de 1988.

1.1 A SOBERANIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição é a lei fundamental que organiza os elementos essenciais e constitutivos do Estado (SILVA, 2006). Para Padilha (2014, p. 60) “a Constituição pode ser conceituada como a norma fundamental de organização do Estado que determina a divisão dos poderes políticos, os direitos e garantias fundamentais e a ordem social e econômica”.

A compatibilidade das leis com a Constituição Federal diz respeito primeiramente ao fato da Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, e da rigidez constitucional, devendo a produção normativa doméstica respeitar, em primeiro lugar, a Constituição. Assim, afirma Bonavides (2004, p. 296):

As Constituições rígidas, sendo Constituições em sentido formal, demandam um processo especial de revisão. Esse processo lhes confere estabilidade ou rigidez bem superior àquela que as leis ordinárias desfrutam. Daqui procede pois a supremacia incontestável da lei constitucional sobre as demais regras do direito vigente num determinado ordenamento. Compõe-se assim uma hierarquia jurídica, que se estende da norma constitucional às normas inferiores [...]. A consequência dessa hierarquia é o reconhecimento da “superlegalidade constitucional”, que faz da Constituição a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania. O órgão legislativo, ao derivar da Constituição sua competência, não pode obviamente introduzir no sistema jurídico leis contrárias às disposições constitucionais: essas leis se reputariam nulas, inaplicáveis, sem validade, inconsistentes com a ordem jurídica estabelecida.

Deste modo, a Constituição é a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas que regem e disciplinam a estrutura do Estado, a formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos (MORAES, 2014), e ainda segundo Canotilho (1993), é a Constituição quem trata da individualização dos órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas, portanto para que a legislação doméstica tenha vigência e validade deve ser compatível primeiramente com o texto constitucional em razão de sua hierarquia.

Diante do exposto, quanto à hierarquização das normas, Kelsen (1999) definiu a ordem jurídica como um sistema de normas escalonadas onde uma norma só é válida se for criada e determinada por uma outra norma superior àquela, demonstrando essa hierarquia, de uma norma superior que dá fundamento a outra norma, no formato de uma pirâmide estando a Constituição no topo desta pirâmide, como sendo a norma hipotética fundamental de validade da ordem jurídica inteira, a mais superior dentre o ordenamento jurídico. Nestes termos explica Kelsen (1999, p. 226):

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.

No que toca ao parâmetro para a compatibilidade das leis alcança-se todo o texto constitucional, sendo abrangidas normas de caráter formal ou material. O parâmetro também atinge princípios constitucionais materiais, mesmo que não indicados explicitamente no texto da Constituição. De igual modo, reporta-se a tratados internacionais de direitos humanos com força de emenda constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição da República (MENDES, 2015).

Neste sentido, os direitos e garantias fundamentais que devem ser guardados quando da compatibilização vertical da legislação infraconstitucional com a Constituição Federal não são apenas aqueles direitos previstos de forma expressa no texto constitucional podendo abranger também outros direitos previstos em outros diplomas.

Assim, afirmou Mendes (2015, p. 1047) quanto a soberania constitucional e o conseqüente controle de constitucionalidade:

O reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos torna inevitável a discussão sobre formas e modos de defesa da Constituição e sobre a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, especialmente das leis e atos normativos.

Desta senda, no ordenamento jurídico brasileiro há presunção relativa (*iuris tantum*) de que a lei é constitucional, portanto para afastar essa presunção, é necessário o controle de constitucionalidade das leis. Isto será feito de duas formas, em abstrato e em concreto (NERY, 2009).

O controle difuso ou concreto é feito em cada caso levado ao Poder Judiciário, nestes casos a inconstitucionalidade da lei é causa de pedir, ou seja, é fundamento do pedido, nunca o pedido em sentido estrito. A decisão constitucional que declarar a inconstitucionalidade da lei fará coisa julgada apenas entre as partes, e ainda assim, não fará coisa julgada sobre a questão constitucional (art. 504, CPC/2015). Neste sentido, Nery (2009, p. 24) afirma que “na verdade, o juiz não declara inconstitucional a lei *principaliter*, mas reconhecendo-a como tal incidentalmente (*incidenter tantum*), deixa de aplicá-la”.

O controle concentrado ou abstrato da constitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual, quando contestado em face da Constituição Federal, é feito por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade – (ADIn) ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal (STF) pelos legitimados no art. 103 da Constituição Federal de 1988. A decisão proclamada pelo STF em ADIn que declara a inconstitucionalidade da lei faz coisa julgada *erga omnes*, retirando a eficácia da lei em todo o território nacional.

1.2 A INTERNALIZAÇÃO E O STATUS CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Conforme ensinamentos de Piovesan (2012), se extrai da redação do § 2.º do Art. 5.º da Constituição de 1988, que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm *status* de norma constitucional, tendo aplicação imediata, e não podendo ser revogados por lei ordinária posterior, isto porque o artigo 5º, § 2º, da Constituição traz que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a república Federativa do Brasil seja parte”. Neste sentido explica Mazzuoli (2011, p. 28):

Se a Constituição estabelece que os *direitos* e *garantias* nela elencados “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais “em que a República Federativa do Brasil seja parte”, é porque ela própria está a

autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil “se incluem” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, a Constituição “os inclui” no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade”.

Percebe-se analisando o § 2.º do art. 5.º da Constituição brasileira de 1988, que há três vertentes, no texto constitucional, dos direitos e garantias individuais: os direitos e garantias *expressos* na Constituição; os direitos e garantias *implícitos*, decorrentes do regime e dos princípios pela Constituição adotados; e os direitos e garantias *inscritos nos tratados internacionais* em que a República Federativa do Brasil seja parte (VELLOSO, 2004, *apud* MAZZUOLI, 2011).

Assim, para Mazzuoli (2008b), o que se extrai do dispositivo Constitucional é que ele passou a reconhecer de forma inédita em seu sistema de direitos e garantias uma dupla fonte normativa, uma advinda do direito interno (direitos expressos no texto Constitucional e aqueles direitos implícitos no texto que são decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição), e a outra advinda do direito internacional (aqueles direitos que provém dos tratados internacionais, sendo que estes não se encontram expressos ou implícitos no texto Constitucional, mas são provenientes de acordos internacionais de proteção dos direitos humanos o qual o Brasil seja parte).

Deste modo, se a Constituição Federal de 1988 atribuiu aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil a condição de *fontes* do sistema constitucional de proteção de direitos, significa que estes têm índole e nível constitucionais. Neste sentido afirma Mazzuoli (2011, p. 30):

É dizer, tais tratados passaram a ser fontes do sistema constitucional de proteção de direitos no mesmo plano de eficácia e igualdade daqueles direitos, expressa ou implicitamente, consagrados pelo texto constitucional, o que justifica o *status* de norma constitucional que detêm tais instrumentos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, em virtude da Constituição Federal de 1988 no § 2.º do art. 5.º, conforme destaca Piovezan (2012, p. 49), atribuiu-se “aos direitos enunciados em tratados internacionais a hierarquia de norma constitucional, incluindo-os no elenco

dos direitos constitucionalmente garantidos”, ou seja, os direitos previstos em tratados internacionais de direitos humanos são direitos de *status* constitucional.

Contudo esse entendimento não é pacífico, existindo no Brasil segundo Piovezan (2010), quatro correntes doutrinárias acerca da hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. Conforme elucida Ramos (2012) a primeira corrente é a do Ministro Celso de Mello que entende ter tais tratados natureza supraconstitucional, em face de sua origem internacional; a segunda do jurista Cansado Trindade e da doutrinadora Flávia Piovezan, que sustentam a natureza constitucional desses tratados; a terceira do jurista Francisco Rezek e da maioria dos Ministros do STF do período antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, para os quais têm natureza equiparada à lei ordinária federal e, a quarta, do Ministro Sepúlveda Pertence que afirma a natureza supralegal, acima da lei e inferior à Constituição.

Diante dessas divergências, visando esclarecer essa polêmica doutrinária, sobre qual a natureza dos direitos previstos em tratados internacionais de direitos humanos, a Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, acrescentou o § 3.º ao art. 5.º da Constituição, expondo que:

§ 3.º - os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Assim, o referido § 3.º, restringiu e dificultou a hierarquia constitucional de tais tratados pois foi condicionada à aprovação pelo rito igual ao das emendas constitucionais, e dividiu os tratados de direitos humanos em dois tipos, os aprovados pelo rito equivalente ao da emenda constitucional e aqueles aprovados pelo rito comum, por maioria simples (RAMOS, 2012).

Neste sentido Silva (2006, p. 179) afirma que:

Há após a EC n. 45/2004, dois tipos de tratados de direitos humanos: os aprovados pelo rito especial do artigo 5º, §3º, e os não aprovados (quer por serem anteriores à EC 45/2004 ou, se posteriores, terem sido aprovados pelo rito simples).

A intenção da nova redação, foi limitar o alcance conferido pelo § 2.º hierarquizando os tratados de direitos humanos, gerando segundo Mazzuoli (2011,

p. 50) verdadeiras incongruências pois o dispositivo “estabelece distinção entre instrumentos internacionais que têm o mesmo fundamento ético”.

Este §3.º para Trindade (2006, p. 10), foi “mal concebido, mal redigido e mal formulado, representa um lamentável retrocesso em relação ao modelo aberto consagrado pelo parágrafo 2.º da Constituição Federal e 1988”.

Portanto, percebe-se que o § 3.º não conseguiu esclarecer e pôr fim às controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, sobre qual a natureza dos direitos previstos em tratados internacionais de direitos humanos no Brasil.

1.3 A HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E A EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004

Quanto à hierarquia constitucional, os tratados internacionais de direitos humanos, para a doutrina internacionalista, já têm *status* de norma constitucional independentemente da entrada em vigor da Emenda 45/2004, em razão do disposto no § 2.º do art. 5.º da Constituição Federal, conforme assentado anteriormente.

Isto significa que o referido § 2.º confere a todos os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil conteúdo materialmente constitucional, e o § 3.º do mesmo artigo incluído pela Emenda 45, apenas inovou em atribuir a estes tratados já de conteúdo materialmente constitucional, eficácia formalmente constitucional desde que aprovado por maioria qualificada, neste sentido Mazzuoli (2011, p. 51) elucida que:

O que se deve entender é que o *quorum* que o § 3.º do art. 5.º estabelece serve tão somente para atribuir eficácia formal a esses tratados no nosso ordenamento jurídico interno, e não para atribuir-lhes a índole e o nível materialmente constitucionais que eles já têm em virtude do § 2.º do art. 5.º da Constituição.

Isto porque, a parte final do § 2.º do art. 5.º da CF, “tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, inclui os direitos humanos provenientes de tratados dentre os seus direitos protegidos, ou seja, abrangeu estes direitos no seu bloco de constitucionalidade material, passando estes a ter *status* de norma constitucional.

E o § 3.º do mesmo art. 5.º da Constituição, equiparou tais tratados de direitos humanos, desde que aprovado por maioria qualificada, a “emendas

constitucionais”, tornando seus efeitos mais amplos do que os efeitos dos tratados de natureza constitucional apenas material, pois estes serão material e formalmente constitucional.

Os efeitos mais amplos que terão os tratados de direitos humanos aprovados pela maioria qualificada do § 3.º do art. 5.º da Constituição, são três: estes passam a reformar a Constituição; não poderão sofrer denúncia; e ainda serviram de paradigma de controle concentrado de convencionalidade.

Neste sentido afirma Mazzuoli (2011, p. 53) sobre os efeitos de tais tratados:

- 1) eles passarão a reformar a Constituição, o que não é possível tendo apenas o status de norma constitucional;
- 2) eles não poderão ser denunciados¹, nem mesmo com Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, podendo ser o Presidente da República responsabilizado em caso de descumprimento dessa regra (o que não é possível fazer – responsabilizar o Chefe de Estado – tendo os tratados somente status de norma constitucional); e
- 3) eles serão paradigma do controle concentrado de convencionalidade, podendo servir de fundamento para que os legitimados do art. 103 da Constituição (v.g., o Presidente da República, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB etc.) proponham no STF as ações do controle abstrato (v.g., ADIn, ADECON, ADPF etc.) a fim de invalidar erga omnes as normas infraconstitucionais com eles incompatíveis.

Deste modo, o primeiro efeito em se atribuir equivalência de emenda constitucional a tratado internacional de direitos humanos, é o de que eles irão passar a reformar a Constituição, o que não ocorre quando se tem apenas o *status* de norma constitucional.

Quando um tratado é aprovado nos moldes do § 3.º do art. 5.º, o texto constitucional conflitante é imediatamente reformado, o mesmo não é possível no caso do § 2.º do art. 5.º, ou seja, dos tratados de direitos humanos que têm *status* de normas constitucionais, mas não equivalem às emendas constitucionais, nestes casos a aplicação dos tratados deverá observar o princípio da “prevalência dos direitos humanos”, previsto no art. 4.º, II, da Constituição de 1988.

Os tratados que têm equivalência de emenda constitucional possuem o condão de reformar o texto constitucional porque esta é a função da emenda constitucional, reformar a Constituição (TAVARES, 2002), pois conforme Mazzuoli (2011, p. 56) “dizer que um tratado equivale a uma emenda constitucional significa

¹ “Ato unilateral pelo qual o Estado brasileiro manifesta sua vontade de não mais se engajar perante determinado tratado” (RAMOS, 2012, p. 142).

dizer que ele tem a mesma potencialidade jurídica que uma emenda”, logo passível de reformar a Constituição.

O segundo efeito em se atribuir equivalência de emenda constitucional a tratado internacional de direitos humanos, refere-se ao fato de que tais tratados não poderão ser denunciados ainda que o Projeto de Denúncia seja elaborado pelo Congresso Nacional, podendo haver responsabilização do Presidente da República caso o denuncie. Nesse sentido Piovezan (2006, *apud* RAMOS, 2012, p. 142) entende que:

O rito especial do artigo 5.º, §3.º, somente daria uma consequência adicional aos tratados de direitos humanos: a impossibilidade de denúncia, pois tais tratados seriam material e *formalmente* constitucionais. Assim, teríamos tão somente a petrificação dos tratados de direitos humanos que fossem aprovados de acordo com o rito especial, eis que não seriam sujeitos à denúncia. (Grifo do autor).

Deste modo, nem mesmo se um tratado de direitos humanos prevê de forma expressa a sua denúncia, o Presidente da República não poderá realizá-la de forma unilateral, “conforme costuma-se fazer no Brasil” (TAVARES, 2002), também não o poderá fazer através de Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, por equivalerem tais tratados às emendas constitucionais, que são cláusulas pétreas da constituição em matéria relativa a direitos humanos (MAZZUOLI, 2002).

O terceiro efeito de se atribuir equivalência de emenda constitucional a tratado internacional de direitos humanos refere-se ao controle concentrado de convencionalidade que será abordado no capítulo 02 deste trabalho.

Assim, de acordo com a doutrina internacionalista, todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro e em vigor no país têm nível de normas constitucionais, seja sua hierarquia somente material, o que significa dizer “status de norma constitucional”, ou hierarquia material e formal, o que se entende por “equivalência de emenda constitucional”.

2 A TEORIA DO CONTROLE JURISDICIONAL DA CONVENCIONALIDADE DAS LEIS NA PERSPECTIVA DA DOUTRINA INTERNACIONALISTA

Conforme demonstrado, para os internacionalistas, os tratados internacionais de direitos humanos e os tratados internacionais comuns são superiores a legislação infraconstitucional, posto terem *status* de norma constitucional (tratados de direitos humanos), serem equivalentes a emenda constitucional (tratados de direitos humanos aprovados pela maioria qualificada do § 3º do art. 5º da Constituição Federal), e terem *status* de norma supralegal (tratados internacionais comuns).

Disto resulta uma nova forma de controle das normas, visto que se os tratados internacionais são hierarquicamente superiores as leis, eles podem servir como paradigma de controle da legislação infraconstitucional, neste sentido afirma Mendes (2005, p. 239):

Se os tratados de direitos humanos têm “status de norma constitucional”, nos termos do art. 5º, § 2º, da Constituição, ou se são “equivalentes às emendas constitucionais”, posto que aprovados pela maioria qualificada prevista no art. 5º, § 3º, da mesma Carta, significa que podem eles ser paradigma de controle das normas infraconstitucionais no Brasil.

Assim, segundo o novo controle que tem como paradigma os tratados internacionais, toda a produção normativa doméstica infraconstitucional que, segundo Mazzuoli (2009b, p. 114), “vierem a ser produzidas no país devem, para a análise de sua compatibilidade com o sistema do atual Estado Constitucional e Humanista de Direito, passar por dois níveis de aprovação”, quais sejam, em um primeiro momento deve haver compatibilidade das normas domésticas com a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos tanto materiais quanto formalmente constitucionais ratificados pelo Brasil, e no segundo momento deve haver a compatibilidade das normas domésticas com os tratados internacionais comuns também ratificados e em vigor no país.

Destarte, para serem válidas, as normas têm que ser compatíveis agora primeiro com a Constituição Federal e segundo com os Tratados internacionais ratificados e em vigor no Brasil.

A averiguação da validade das normas no arcabouço normativo brasileiro, será por meio dos controles de: constitucionalidade difuso e concentrado, quando a

compatibilidade for com a Constituição Federal; convencionalidade difuso e concentrado, quando a compatibilidade for com os tratados internacionais sobre direitos humanos; e de legalidade, quando a compatibilidade for com tratados internacionais comuns.

2.1 A DUPLA COMPATIBILIDADE VERTICAL MATERIAL COMO PRESSUPOSTO DE VALIDADE DAS NORMAS

Sob a perspectiva internacionalista, para serem válidas no ordenamento jurídico interno as normas devem estar compatíveis com os direitos previstos na Constituição Federal e nos Tratados Internacionais que o Brasil seja parte, tanto os Tratados Internacionais de Direitos Humanos como os Tratados Internacionais Comuns, visto que, doravante não basta as leis internas serem compatíveis apenas com o texto constitucional, caso em que serão consideradas vigentes, mas não serão válidas se não forem compatíveis também com os tratados já ratificados pelo governo e em vigor no país (MAZZUOLI, 2008b). Neste sentido, já havia entendido Reale (1994, p. 13):

Que todas as fontes operam no quadro de validade traçado pela Constituição de cada país, e já agora nos limites permitidos por certos valores jurídicos transnacionais, universalmente reconhecidos como invariantes jurídico-axiológicas, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Isto porque, no atual entendimento do Estado Constitucional e Humanista de Direito, nem toda norma vigente é válida, Ferrajoli (*apud* MAZZUOLI, 2009b, p. 115) distingue bem o plano da vigência, validade e eficácia das normas, de modo que para ele vigência e validade não se confundem.

Elucida Ferrajoli (*apud* MAZZUOLI, 2009b, p. 115) que o sistema normativo sobre a produção de normas, compõe-se de normas formais referentes a competência e aos procedimentos de formação das leis, e de normas substanciais, a exemplo do princípio da igualdade e dos direitos fundamentais, que de outro modo estão a limitar e vincular o poder legislativo, à medida em que exclui ou impõe-lhe determinados conteúdos.

Assim, a vigência da norma depende desta estar de acordo e em plena conformidade com a forma dos atos normativos, e a sua validade depende da norma

guardar coerência e compatibilidade com as normas de caráter substancial, a Constituição Federal (FERRAJOLI, 1999, *apud* MAZZUOLI, 2009b, p. 115) e os Tratados Internacionais em vigor no país (MAZZUOLI, 2008b). Neste sentido Ferrajoli (1999, p. 21 *apud* MAZZUOLI, 2009, p. 116) explica que há:

Duas dimensões da regularidade ou legitimidade das normas: a que se pode chamar de vigência ou existência, que faz referência à forma dos atos normativos e que depende da conformidade ou correspondência com as normas formais sobre sua formação; e a validade propriamente dita ou, em se tratando de leis, a constitucionalidade, que, pelo contrário, tem que ver com seu significado ou conteúdo e que depende da coerência com as normas substanciais sobre sua produção.

Da mesma forma, entende Gomes (2008, p. 75) que o sistema constitucional e humanista de Direito:

Conta com uma pluralidade de fontes normativas hierarquicamente distintas (Constituição, Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito ordinário). As normas que condicionam a produção da legislação ordinária não são só formais (maneira de aprovação de uma lei, competência para editá-la, *quorum* de aprovação etc.), senão também, e sobretudo, substanciais (princípio da igualdade, da intervenção mínima, preponderância dos direitos fundamentais, respeito ao núcleo essencial de cada direito etc.).

Assim a norma será vigente desde que tenha seguido o procedimento formal de sua criação, conforme Mazzuoli (2009b, p. 118) aquela “elaborada de acordo com as regras do processo legislativo estabelecidas pela Constituição”, ou seja, no Brasil será vigente após ter sido aprovada pelo Parlamento, sancionada pelo Presidente da República, promulgada e publicada, até que seja revogada por outra lei.

No entanto, a norma só será válida se o seu conteúdo estiver coerente e compatível com as normas substanciais sobre sua produção, com o texto constitucional (FERRAJOLI, 1999, *apud* MAZZUOLI, 2009b) e com os Tratados Internacionais de direitos humanos ou não (MAZZUOLI, 2008b).

Por fim a eficácia da norma está ligada à realidade social e à produção de efeitos concretos no seio da vida social que a norma almeja regular (MAZZUOLI, 2009a), e sendo assim também não coincide cronologicamente com a vigência e a validade, posto que embora uma norma seja vigente e válida, já podendo ser aplicada pelo Poder Judiciário, não significa que tal norma terá eficácia (KELSEN, 1999).

Assim conforme ensinamentos de Ferrajoli (1999, *apud* MAZZUOLI, 2009b) a norma apenas será eficaz se for também válida, e só será válida se primeiro for vigente, o reverso não poderá ocorrer. No plano da vigência-validade-eficácia das leis, tem-se uma escala de valores onde se encontra primeiro a vigência, segundo a validade, e por último a eficácia. Desta senda, a norma primeiro tem que ser vigente para depois ser válida e só então, se for vigente e válida, poderá ser eficaz.

Tem-se que para Mazzuoli (2008b) a norma infraconstitucional só será vigente, válida e consequentemente eficaz, se houver a compatibilidade vertical material com a Constituição e com os Tratados, senão ela deve ser rejeitada pelos juízes, quando do caso concreto.

Neste diapasão, repita-se para que exista a vigência, a validade e a consequente eficácia das leis, a produção normativa interna contará com dois limites verticais materiais para além daqueles limites formais referentes à procedimentos: o primeiro limite com os quais as leis serão contrastadas é a Constituição Federal e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que têm *status* de norma constitucional e se encontram em vigor no país; e o segundo limite com os quais se contrastará as leis, e os tratados internacionais comuns de *status* supralegal (MAZZUOLI, 2009).

Por todo exposto, conclui-se que em razão desta dupla compatibilidade vertical material figurar como pressuposto de validade normativa, ainda que uma lei interna esteja de acordo com o texto constitucional ela poderá ser considerada inválida, se não estiver de acordo com os tratados de direitos humanos ou com os demais tratados que o Brasil seja parte.

2.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O RESPEITO AOS DIREITOS EXPRESSOS E IMPLÍCITOS NA CONSTITUIÇÃO

A produção doméstica de direitos tem que ser compatível primeiramente com o texto constitucional em vigor, para que haja vigência e validade desta, conforme já visto. Esta inicial parte do primeiro limite vertical material – compatibilidade constitucional – que tem como parâmetro de controle a Constituição Federal, será averiguado por meio do controle de constitucionalidade.

Tal controle de constitucionalidade é realizado pelo Supremo Tribunal Federal, quando for pela via concentrada/abstrata de controle, por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta por um dos legitimados do art. 103 da

Constituição Federal de 1988. E por qualquer juízo ou tribunal do país pela via difusa, por meio de uma exceção ou defesa apresentada por qualquer cidadão em um caso concreto.

Ademais, referida produção normativa deve observar além dos limites formais, segundo Gomes (2008, p. 65), aqueles relativos a “legitimidade para legislar, *quorum* mínimo de aprovação de uma lei, procedimento para sua edição, forma de publicação etc.”, também os limites materiais, que, ainda segundo Gomes (2008, p. 65), tratam-se daqueles “que são constituídos, sobretudo, pelos conteúdos essenciais de cada direito positivado”.

A compatibilidade material das leis com a Constituição para Mazzuoli (2009b, p. 123) é “aferida em dois âmbitos: (a) relativamente aos direitos expressos no texto constitucional e (b) também em relação aos direitos implícitos na Constituição”. Este entendimento se depreende do § 2º do art. 5.º da Constituição Federal de 1988, que afirma, “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Segundo Mazzuoli (2009a) este dispositivo demonstra existir três vertentes dos direitos e garantias fundamentais: os direitos e garantias expressos na Constituição; os direitos e garantias implícitos na Constituição que decorrem do regime e dos princípios por ela adotados; e os direitos provenientes de tratados que o Brasil seja parte, sendo que estes últimos não estão expressos nem implícitos no texto constitucional mas decorrentes dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, ratificados e em vigor no Brasil.

Silva (2006, p. 194) explica que os direitos e garantias expressos na Constituição “são aqueles explicitamente enunciados nos incisos do art. 5º”, e que os direitos e garantias implícitos, “são aqueles que estão subentendidos nas regra de garantias, como o direito à identidade pessoal, certos desdobramentos do direito à vida, o direito a atuação geral (art. 5º, II)”.

A primeira destas vertentes a ser observada quando da produção normativa interna, para a aferição de validade e posterior eficácia das normas, são os direitos expressos no texto constitucional, assim as normas para serem válidas devem primeiro ser compatíveis com os direitos expressos na Constituição.

Em sendo a norma incompatível com os direitos expressos na Constituição, está será declarada inconstitucional, e conforme Mazzuoli (2009b, p. 125), “a mesma

continua vigente, mas será inválida (porque inconstitucional), deixando de contar com qualquer incidência concreta”.

A segunda vertente a ser observada pela legislação infraconstitucional, é a dos direitos implícitos no texto constitucional, conhecidos também como direitos decorrentes (SILVA, 2006), trata-se daqueles que provêm ou podem vir a provir do regime ou dos princípios adotados pela Constituição.

Embora sejam estes direitos implícitos, de difícil visualização *a priori* (SILVA, 2006), também limitam a produção normativa interna, sob pena de sua contrariedade incorrer em vício de inconstitucionalidade, acarretando os mesmos efeitos da incompatibilidade com os direitos expressos na Constituição, quais sejam, será a norma declarada inconstitucional, tornando-se inválida e não terá nenhuma incidência concreta.

2.3 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE (DIFUSO E CONCENTRADO)

Conforme explorado anteriormente, para que a normas infraconstitucionais de direito doméstico sejam válidas, devem ser compatíveis com a Constituição Federal – primeira parte do primeiro limite vertical material – com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, que têm *status* de norma constitucional – segunda parte do primeiro limite vertical material – e ainda com os Tratados Internacionais Comuns, que têm hierarquia de norma supralegal segundo entendimento de Mazzuoli (2009b), na perspectiva internacionalista – segundo limite vertical material.

A segunda parte do primeiro limite vertical material – compatibilidade das normas infraconstitucionais com os tratados Internacionais de Direitos Humanos em vigor no país – que tem como parâmetro de controle, reitere-se, os tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, será averiguada por meio do controle de convencionalidade, conforme Mazzuoli (2009b, p. 128) “complementar e coadjuvante do conhecido controle de constitucionalidade”.

Assim, o controle de convencionalidade, tem por finalidade a adaptação ou conformação das leis internas (*lato sensu*), aos acordos internacionais assumidos pelo Brasil (MAZZUOLI, 2008b).

Tal controle deverá ser feito pelos órgãos judiciários nacionais, e pelos tribunais internacionais a exemplo da Corte Internacional de Justiça, da Corte

Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Europeia de Direitos Humanos, (MAZZUOLI, 2008a), visto que ambos têm legitimidade para realizar o controle.

Os tribunais internos são legítimos em razão dos tratados internacionais de direitos humanos serem normas de aplicação imediata, conforme Piovesan (2012, p. 49), os §§ 1º e 2º, do art. 5º da Constituição Federal “atribui aos direitos enunciados em tratados internacionais a hierarquia de norma constitucional, incluindo-os no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos, que apresentam aplicabilidade imediata”.

Sobre o assunto explica Ramos (2012, p. 121):

Para a melhor defesa dos direitos humanos adota-se a aplicabilidade imediata dos textos normativos às situações fáticas existentes, de modo que se reconhece que, sob o aspecto formal (jurídico-normativo), tais direitos são tendencialmente completos, ou seja, aptos a serem invocados desde logo pelo jurisdicionado.

De outro lado, a legitimidade dos tribunais internacionais está pautada no fato destes terem sido criados pelos próprios Estados soberanos com intenção de que fosse respeitado o que ali acordaram. Sobre a competência para realizar o controle de convencionalidade, explica Mazzuoli (2009b, p. 129):

Doravante, não somente os tribunais internos devem realizar o controle de convencionalidade (para além do clássico controle de constitucionalidade), mas também os tribunais internacionais (ou supranacionais) criados por convenções entre Estados, em que estes (os Estados) se comprometem, no pleno e livre exercício de sua soberania, a cumprir tudo o que ali fora decidido e a dar sequência, no plano do seu direito interno, ao cumprimento de suas obrigações estabelecidas na sentença, sob pena de responsabilidade internacional.

Para que seja feito o controle em âmbito interno não há que se falar em nenhuma autorização internacional aos tribunais locais. Assim afirmou Ramírez (2006, p. 66), quanto a legitimidade dos controles de convencionalidade e de legalidade realizado pelos tribunais nacionais:

Si existe esa conexión clara y rotunda --o al menos suficiente, inteligible, que no naufrague en la duda o la diversidad de interpretaciones--, y en tal virtud los instrumentos internacionales son inmediatamente aplicables en el ámbito interno, los tribunales nacionales pueden y deben llevar a cabo su propio “control de convencionalidad”. Así lo han hecho diversos órganos de la justicia interna, despejando el horizonte que se hallaba ensombrecido, inaugurando una nueva etapa de mejor protección de los seres humanos y acreditando la idea --que he reiterado-- de que la gran batalla por los

derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, pero no sustituto, el internacional.²

Em âmbito nacional o controle de convencionalidade e de legalidade das normas infraconstitucionais, terá segundo ensinamentos de Mazzuoli (2009), caráter difuso, em que qualquer juiz ou tribunal poderá manifestar-se a respeito no caso concreto, como ocorre no controle difuso de constitucionalidade.

Assim, o controle difuso será feito pelos juízes e tribunais que passarão a realizar a compatibilização da legislação infraconstitucional com os tratados vigentes no país, conforme estes forem sendo incorporados no ordenamento jurídico interno.

Deste modo, uma vez incorporados na ordem jurídica interna, eles terão efeito paralisante das normas domésticas, dado que terão estas até então válidas e eficazes, ao serem compatibilizadas pelo magistrado, nos casos concretos, e mostrarem-se contrárias a direitos previstos em tratados, estas se tornarão inválidas e ineficazes.

A análise dessas fontes internacionais e nacionais, deve ser feita pelos juízes que vão coordenar essas fontes de modo com que elas dialoguem entre si, por meio do diálogo das fontes que, conforme Mazzuoli (2009b, p. 130), para se chegar à justiça da decisão, deverá o magistrado compreender a lógica (*logos*) da dupla (*dia*) compatibilidade vertical material, a fim de dar ao caso concreto a melhor solução.

O controle de convencionalidade das normas infraconstitucionais poderá ser ainda por meio do controle de convencionalidade concentrado, quando o parâmetro de controle for aqueles tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo *quorum* estabelecido no § 3º do art. 5º da Constituição Federal (somente estes tratados). Neste caso será paralelo ao controle de constitucionalidade concentrado, será realizado pelo Supremo Tribunal Federal, e proposto pelos mesmos legitimados a propor as ações de controle concentrado de constitucionalidade, do art. 103 da Constituição Federal (1988).

² Se houver essa conexão clara e inequívoca --ou pelo menos suficiente, inteligível, que está perdido em dúvida ou uma diversidade de interpretações, e em virtude dos instrumentos internacionais são imediatamente aplicáveis no âmbito doméstico, os tribunais nacionais podem e deverão desempenhar as suas próprias "controle de convencionalidade". Assim fez vários órgãos de justiça interna, abrindo o horizonte que estava nublado, inaugurando uma nova era de uma melhor proteção dos seres humanos e creditando a ideia que tenho reiterado que a grande batalha pelos direitos humanos ele vai ser ganha na esfera doméstica, que é um complemento ou complementar, mas não substituir, internacional.

Frise-se, que o controle de convencionalidade concentrado só veio surgir no Brasil após a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Já o controle de convencionalidade difuso apesar de nenhuma doutrina brasileira ter se referido a ele, existe desde a Constituição Federal de 1988 (MAZZUOLI, 2008b).

Deste modo, faz-se necessário o controle de convencionalidade das leis com os direitos previstos nos tratados de direitos humanos (todos os tratados de direitos humanos em vigor no Brasil), pois sem ele, segundo Mazzuoli (2009b, p. 130), “nenhuma lei na pós-modernidade sobrevive”, posto que para Mazzuoli (2009b, 130) a ausência deste controle “do direito infraconstitucional com os direitos previstos nos tratados de que o Brasil é parte invalida a produção normativa doméstica, fazendo-a cessar de operar no mundo jurídico”.

Tem-se que após passar pelo controle de constitucionalidade a norma mesmo continuando vigente, pois sobreviveram a compatibilidade com a constituição, pode vir a ser invalidada no plano jurídico se não for compatível também com os direitos previstos em tratados de direitos humanos que o Brasil é parte, pelo pressuposto de que nem toda lei vigente pode ser considerada uma lei válida (FERRAJOLI, 1999, p. 20-22, *apud* MAZZUOLI, 2009b, p. 115), uma vez esta lei reconhecida incompatível com os tratados de direitos humanos, portanto inválida, não poderá o juiz aplicá-la.

E, assim, quando desta inaplicação ou aplicação das leis (*lato sensu*) domésticas, para que o magistrado dê ao caso concreto a melhor solução, deverá observar o que Jayme (1995, p. 251, *apud* MAZZUOLI, 2009b, p. 134) chamou de “diálogo das fontes”. Para Mello (2008) essas fontes internas e direitos previstos em tratados internacionais devem dialogar entre si a fim de resolver a questão antinômica entre tais tratados e as leis internas. Em relação as antinomias entre direito internacional dos direitos humanos e o direito interno, reiterou Mello (2008, p. 19):

Posta a questão nesses termos, a controvérsia jurídica remeter-se-á ao exame do conflito entre as fontes internas e internacionais, ou, mais adequadamente, ao diálogo entre essas mesmas fontes, de modo a se permitir que, tratando-se de convenções internacionais de direitos humanos, estas guardem primazia hierárquica em face da legislação comum do Estado brasileiro, sempre que se registre situação de antinomia entre o direito interno nacional e as cláusulas decorrentes de referidos tratados internacionais.

Percebe-se que, a aplicação do critério do “diálogo das fontes” visa manter as normas constitucionais e os direitos previstos em tratados internacionais de direitos humanos em um diálogo constante, em que ora um ora outro se complementam funcionando ambos como limites materiais verticais à produção normativa doméstica infraconstitucional, contribuindo para que o sistema funcione como um todo harmônico. Neste contexto essas são as lições de Mazzuoli (2009b, 131):

A aplicação desse critério não exclui mutuamente uma ou outra ordem jurídica, mas antes as complementa, fazendo com que a produção do direito doméstico também “escute” o diálogo entre a Constituição e os tratados de direitos humanos, que se encontram em mesmo pé de igualdade que ela. Em outras palavras, a Constituição não exclui a aplicação dos tratados e nem estes excluem a aplicação dela, mas ambas as normas (Constituição e tratados) se unem para servir de obstáculo à produção normativa doméstica infraconstitucional que viole os preceitos ou a Constituição ou dos tratados de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil é parte. As normas infraconstitucionais, doravante, para serem *vigentes* e *válidas*, deverão submeter-se a esse novo exame de compatibilidade vertical material, solução esta mais fluida (e, portanto, capaz de melhor favorecer a “evolução do direito”) e mais consentânea com os ditames da pós-modernidade jurídica. (Grifo do autor).

Portanto trata-se de meio que atende as perspectivas do Estado Constitucional e Humanista de Direito onde os direitos domésticos serão compatíveis com a Constituição Federal e com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado.

A compatibilização das normas infraconstitucionais com todos os tratados de direitos humanos far-se-á por meio do controle difuso de convencionalidade, mas a compatibilização daqueles tratados de direitos humanos aprovados pelo *quorum* qualificado do art. 5º, § 3º, da Constituição, far-se-á não apenas pelo controle difuso como também por meio de controle concentrado de convencionalidade. Uma vez que, conforme explanado, os tratados internacionais de direitos humanos aprovados pela maioria qualificada do art. 5º, § 3º, da CF/1988, são equivalentes a emenda constitucional, portanto formalmente constitucional, podendo servir de parâmetro de controle de convencionalidade concentrado da legislação infraconstitucional.

Dessa forma, podem ser propostas no Supremo Tribunal Federal, para promover o controle de convencionalidade, todas as ações de controle de constitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADECON, para que seja garantida a devida estabilidade da

Constituição e dos tratados de direitos humanos formalmente constitucionais, tendo em vista estes serem equiparados as normas constitucionais. Isto porque, conforme Mazzuoli (2008), a própria Constituição assegura a propositura destas ações de controle a fim de proteger os direitos previstos nestes tratados contra investiduras não autorizadas das normas infraconstitucionais. Veja-se Mazzuoli (2008b, p. 212):

Quando o texto constitucional (no art. 102, inc. I, alínea a) diz competir precipuamente ao Supremo Tribunal Federal a “guarda da Constituição”, cabendo-lhe julgar originariamente as ações diretas de inconstitucionalidade (ADIn) de lei ou ato normativo federal ou estadual ou a ação declaratória de constitucionalidade (ADECON) de lei ou ato normativo federal, está autorizando que os legitimados próprios para a propositura de tais ações (constantes do art. 103 da Carta) ingressem com essas medidas sempre que a *Constituição* ou *quaisquer normas a ela equivalentes* (v.g., os tratados de direitos humanos internalizados com *quorum* qualificado) estiverem sendo violadas por quaisquer normas infraconstitucionais. A partir da Emenda Constitucional 45/04, é necessário entender que a expressão “guarda da Constituição”, utilizada pelo art. 102, inc. I, alínea a, alberga, além do texto da Constituição propriamente dito, também as normas constitucionais por equiparação. Assim, ainda que a Constituição silencie a respeito de um determinado direito, mas estando esse mesmo direito previsto em tratado de direitos humanos *constitucionalizado* pelo rito do art. 5o, § 3o, passa a caber, no Supremo Tribunal Federal, o controle concentrado de constitucionalidade (v.g., uma ADIn) para compatibilizar a norma infraconstitucional com os preceitos do tratado constitucionalizado. (Grifo do autor).

Neste mesmo sentido, tem-se para Mendes (2005, p. 239) que:

Independentemente de qualquer outra discussão sobre o tema, afigura-se inequívoco que o Tratado de Direitos Humanos que vier a ser submetido a esse procedimento especial de aprovação configurará, para todos os efeitos, parâmetro de controle das normas infraconstitucionais.

Assim, o controle de convencionalidade concentrado será realizado por meio das ações de controle concentrado de constitucionalidade, pois legítimo para tal em razão do tratado paradigma ser equivalente a norma constitucional.

2.4 O CONTROLE DE LEGALIDADE

A compatibilidade das normas infraconstitucionais com os tratados ratificados pelo Brasil, será feita por meio do controle de convencionalidade e de legalidade das normas infraconstitucionais. Quando a compatibilização destas normas domésticas forem com os tratados de direitos humanos em vigor no Brasil, o

meio a ser utilizado será o controle de convencionalidade, quando forem com os tratados comuns (que versam sobre temas alheios a direitos humanos), será por meio do controle de legalidade.

Assim, estando as normas internas infraconstitucionais compatíveis com a Constituição e com os tratados internacionais de direitos humanos, estas terão que ser compatíveis também com os tratados internacionais comuns para serem válidas no âmbito do direito interno. Esta segunda e última compatibilidade vertical material das leis com os tratados internacionais comuns, faz-se necessária em razão destes tratados comuns terem *status* de norma supralegal no direito brasileiro, ou seja, as normas previstas em tratados comuns estão acima das leis mas abaixo da Constituição Federal.

Segundo Mazzuoli (2008b) estes tratados têm *status* de norma supralegal, em razão da Constituição Federal nada falar sobre o nível hierárquico deles, de modo que têm valor infraconstitucional, mas supralegal. Desta sendo para a solução de antinomias entre tais tratados e as leis, é utilizado o critério hierárquico superior destes às leis, excluindo para a solução de antinomias entre estes, aqueles critérios clássicos de solução de conflitos como o da lei posterior e o da especialidade.

Frise-se que a forma de controle das leis em relação a tratados comuns, os tratados de hierarquia supralegal, é o de legalidade, não pode ser por meio do controle de convencionalidade, pois este último é o controle reservado apenas aos tratados de direitos humanos, que tem status de norma constitucional.

Segundo Mazzuoli (2008b) estes tratados têm *status* de norma supralegal, em razão da Constituição Federal nada falar sobre o nível hierárquico deles, de modo que tem valor infraconstitucional, mas supralegal. Para a solução de antinomias entre tais tratados e as leis, é utilizado o critério hierárquico superior destes às leis, excluindo para a solução de antinomias entre estes, aqueles critérios clássicos de solução de conflitos como o da lei posterior e o da especialidade.

Deste modo, o controle de legalidade justifica-se em razão do art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, assegurar que os litigantes “não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”, neste sentido elucida Mazzuoli (2009a, p. 226-229):

A regra do art. 27 da Convenção de Viena continua a valer em sua inteireza, não podendo uma parte em um tratado internacional invocar as disposições de seu Direito interno (qualquer delas, inclusive as normas da Constituição)

para justificar o inadimplemento desse tratado. (...) A Constituição brasileira de 1988 aceita esta construção, ainda que por fundamentos diferentes, no que tange ao Direito Internacional convencional particular que versa sobre direitos humanos (art. 5º, §§ 2º e 3º). Quanto aos demais tratados, pensamos que eles cedem perante a Constituição, por força do preceito constitucional que sujeita os tratados à fiscalização de sua constitucionalidade (art. 102, inc. III, alínea *b*). Somente na falta desse comando constitucional é que a regra *pacta sunt servanda*, bem como o já referido art. 27 da Convenção de Viena, imporia a prevalência de *todos* os tratados internacionais sobre a Constituição. Pelo fato de a Constituição brasileira consagrar a declaração de inconstitucionalidade de tratados, e dado que não há no nosso texto constitucional menção expressa sobre o grau hierárquico a ser atribuído aos tratados internacionais comuns, parece não restar outra saída senão atribuir valor infraconstitucional a tais tratados, ainda que supralegal.

Portanto se estes tratados comuns cedem perante a Constituição, seja por sujeitarem-se ao controle de constitucionalidade, seja pelo fato da Constituição não ter se manifestado quanto seu grau hierárquico, e estão acima das leis, conforme alhures demonstrado, deve haver um controle de legalidade das leis em relação a eles também.

3 A HIERARQUIA NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS E O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal firmou posicionamento majoritário quanto a hierarquia normativa dos tratados internacionais no julgamento do RE 466.343-1/SP, que discutia a questão da prisão civil do depositário infiel nos contratos de alienação fiduciária em garantia, em razão do novo § 3º do artigo 5º da CF/88 introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004.

No referido recurso discutia-se a possibilidade de considerar os tratados internacionais de direitos humanos como documentos de caráter supralegal, tal tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos já havia sido considerada possível pelo Min. Sepúlveda Pertence no julgamento do RHC 79.785/RJ (RAMOS, 2012).

Defendeu Sepúlveda Pertence no RHC 79.785/RJ de 2000 e posteriormente o Min. Gilmar Mendes no RE 466.343/SP em 2008 que os tratados internacionais de direitos humanos, tanto os anteriores quanto os posteriores à EC n. 45/2004, desde que não tenham sido aprovados pelo rito especial do artigo 5º, § 3º, da Constituição, encontram-se em nível hierárquico intermediário, de modo que estão abaixo da Constituição Federal, mas acima da legislação infraconstitucional. Para Mendes (2008, p. 21):

Parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

Neste mesmo sentido manifestou Mendes (2008, p. 85):

[...] desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas

internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém, acima da legislação interna.

Deste modo, mesmo entendendo Gilmar Mendes que os tratados internacionais comuns ainda são normas de mesma hierarquia que a legislação doméstica infraconstitucional, defendeu que os tratados de direitos humanos têm um *status* de norma supralegal, estão abaixo da Constituição, mas encontram-se acima de toda e qualquer lei, esse entendimento do Min. Gilmar Mendes foi seguido pela maioria dos ministros do STF.

De outro lado, os ministros Celso de Mello, Ellen Gracie e Eros Grau destoaram do entendimento da maioria, entendem eles que todos os tratados sobre direitos humanos independentes de aprovados ou não pelo *quorum* de aprovação do § 3º do artigo 5º da Constituição têm hierarquia constitucional (RE 466.343, 2008).

Portanto, firmou-se no Supremo Tribunal Federal posicionamento majoritário no sentido de haver atualmente a teoria do duplo estatuto dos tratados de direitos humanos, sendo estatuto supralegal aqueles que não foram aprovados pela maioria qualificada do artigo 5º, § 3º, aprovados ou não após a Emenda Constitucional 45/2004, e de estatuto constitucional para os aprovados pela referida maioria qualificada.

3.1 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

O entendimento atual do Supremo Tribunal Federal é de que todos os Tratados Internacionais de Direitos Humanos anteriores ou posteriores a entrada em vigor da EC 45/2004 têm *status* de norma supralegal.

Isto porque, segundo Mendes (2008) vive-se atualmente em um Estado Constitucional que é cooperativo, e sendo assim este Estado Constitucional Nacional, conforme Haberle (2003, p. 75, *apud* MENDES, 2008, p. 43) “se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais”. E ainda afirma Mendes (2008, p. 1) que o Brasil está inserido no contexto latino-americano, “no qual estamos todos submetidos a uma ordem comunitária em matéria de direitos humanos; uma ordem positiva expressada na

Convenção Americana de Direitos Humanos, cuja proteção jurídica segue avançando a passos largos”.

É neste contexto, que o Mendes (2008) reconhece que os tratados de direitos humanos não podem ir de afronta à supremacia Constitucional, no entanto localizam-se em lugar intermediário, tendo o estatuto de norma supralegal no ordenamento jurídico brasileiro.

No mesmo sentido, Britto (2008, p. 101) afirma que esta hierarquia intermediária dos tratados internacionais de direitos humanos trata-se “de uma sessão histórica, em prol da efetividade da Constituição Federal naquilo que ela tem de mais central: a afirmação dos direitos humanos”.

Segundo Mendes (2008) vários países da América Latina e também da Europa reservam aos tratados de direitos humanos lugar especial no ordenamento jurídico de modo que mesmo aqueles que não o fazem por meio de norma expressa vem dando interpretação aos textos constitucionais no sentido de que tais tratados se situam abaixo da Constituição, no entanto acima das legislação federal local, como é o caso dos Estados Unidos Mexicanos.

Ressalta-se que o STF já adotou a tese da prevalência do direito internacional sobre a legislação interna infraconstitucional, por longo tempo, durante a Constituição de 1891 quando julgou um caso de extradição, conforme demonstra Rodrigues (1931, p. 75, *apud* MENDES, 2008, p. 6) veja-se:

Sob a Constituição de 1891, este Tribunal reconheceu o primado dos tratados internacionais em face de legislação interna posterior. Emblemático, nesse aspecto, é o julgamento da Extradição nº 7, Rel. Min. Canuto Saraiva, ocorrido em 7.1.1914, em que se anulou julgamento anterior para afastar a aplicação dos requisitos para extradição da Lei nº 2.416, de 28.6.1911 em proveito do tratado de extradição entre os governos do Brasil e do Império Alemão, de 17.9.1877.

E também já foi admitida a tese da preponderância da norma internacional sobre a norma interna infraconstitucional, na vigência da Constituição de 1937 quando do julgamento da Apelação Cível 7.872/RS, em que prevaleceu as disposições de um tratado entre o Brasil e Uruguai de 25.8.1933 promulgado pelo Decreto nº 23.710, de 9.1.1934, em detrimento de disposição prevista no Decreto nº 24.343, de 5.6.1934 (MENDES, 2008).

Mendes (2008), também demonstra que o Código Tributário Nacional editado em 25.10.1966 previu explicitamente a prevalência dos tratados sobre normas internas infraconstitucionais de matéria tributária, assim traz o artigo 98 do Código Tributário Nacional “os tratados e convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhe sobrevenha”.

Conforme Mendes (2008, p. 11), tem-se fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, no art. 27, os princípios internacionais segundo o qual “nenhum Estado pactuante poderá invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”, deste modo não podem as entidades federativas internas do Brasil descumprir unilateralmente os acordos internacionais invocando a tese da legalidade ordinária. E ainda neste sentido, segundo Mendes (2008, p.12):

O texto constitucional admite a preponderância das normas internacionais sobre normas infraconstitucionais e claramente remete o intérprete para realidades normativas diferenciadas em face da concepção tradicional do direito internacional público. Refiro-me aos arts. 4º, parágrafo único, e 5º, parágrafos 2ª, 3º e 4ª, da Constituição Federal, que sinalizam para uma maior abertura constitucional ao direito internacional e, na visão de alguns, ao direito supranacional. Além desses dispositivos, o entendimento de predomínio dos tratados internacionais em nenhum aspecto conflita com os arts. 2º, 5º, II E § 2º, 49, I, 84, VIII, da Constituição Federal. Especificamente, os arts. 49, I, e 84, VIII, da Constituição Federal, repetidos com redação similar desde a Constituição de 1891 (respectivamente arts. 34, 12º; e 48, 16º da CF/1891), não demandam a paridade entre leis ordinárias e convenções internacionais. Ao contrário, indicam a existência de normas infraconstitucionais autônomas que não precisam ser perfiladas a outras espécies de normativos internos. Na realidade, os mencionados dispositivos não tratam da mera incorporação, no plano interno, mas da própria criação das normas internacionais.

Por fim, Mendes (2008, p. 15) sustenta ainda a tese de que “o tratado internacional não necessita ser aplicado na estrutura de outro normativo interno nem ter *status* paritário com qualquer deles, pois tem assento próprio na carta Magna, com requisitos materiais e formais peculiares”, visto que, os tratados internacionais são espécies normativas localizadas abaixo do texto constitucional distintas e autônomas, e não se confundem com normas infraconstitucionais federais, como por exemplo decreto-legislativo, decretos executivos, leis ordinárias ou complementares, isto porque, a Constituição trata da criação das normas internacionais não exigindo que sejam convertidas em espécies normativas internas.

3.2 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS EQUIVALENTES A EMENDAS CONSTITUCIONAIS

Como visto, o Supremo Tribunal Federal passou a entender no RE 466.343-1/SP que todos os tratados internacionais de direitos humanos têm *status* de norma supralegal, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação infraconstitucional interna.

Dessarte, podem invalidar todas as leis que estão em patamar inferior e contrariam os tratados de direitos humanos que são mais favoráveis, ou seja estes tratados que são normas superiores irradiam uma espécie de eficácia paralisante sobre a norma inferior (MENDES, 2008), como ocorreu no caso da impossibilidade da prisão civil por dívida do depositário infiel.

Mas aqueles tratados internacionais de direitos humanos que forem aprovados pelo *quorum* qualificado do § 3º do artigo 5º da Constituição, por três quintos dos votos dos respectivos membros, em dois turnos, nas duas casas do Congresso Nacional, serão equivalentes às emendas constitucionais (BRASIL, 1988), note-se que apenas a estes tratados o Supremo Tribunal Federal atribuiu a índole de norma Constitucional.

Isto porque, segundo Mendes (2008), o § 3º incluso pela Emenda Constitucional nº 45/2004 ao artigo 5º da Constituição Federal, referiu-se apenas a estes tratados para dar-lhe estatuto de norma constitucional. Atesta Silva (2006, p. 179) que “há após a EC n. 45/2004, dois tipos de tratados de direitos humanos: os aprovados pelo rito especial do artigo 5º, § 3º, e os não aprovados”.

No mesmo sentido explica Ramos (2012, p. 140) que a EC n. 45/2004 “sugeriu, ao usar a expressão ‘que forem’, a existência de dois tipos de tratados de direitos humanos no pós-emenda: os aprovados pelo rito equivalente ao da emenda constitucional e os aprovados pelo rito comum (maioria simples)”.

Assim a Emenda Constitucional nº 45/2004 ao utilizar a expressão “que forem” restringiu estritamente quais tratados deve ser considerado de estatuto constitucional e quais devem ser considerados de estatuto infraconstitucional, de modo que somente aqueles “que forem” aprovados pelo rito especial do referido § 3º do art. 5º da CF/1988 serão de índole e nível constitucional.

3.3 TRATADOS INTERNACIONAIS COMUNS

Conforme demonstrado ficou firmado na Suprema Corte o entendimento de que todos os tratados internacionais de direitos humanos têm *status* de norma supralegal, e que aqueles tratados internacionais de direitos humanos que forem aprovados pelo rito especial do art. 5º, § 3º, têm *status* de norma constitucional, e por fim os demais tratados internacionais comuns, que não sejam de direitos humanos, possuem nível de lei ordinária.

Desta forma, conforme demonstra Oliveira (2011, p. 4) a pirâmide com o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a hierarquia dos tratados internacionais, traz que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo rito especial do § 3º, art. 5º, encontram-se no topo da pirâmide sendo equivalentes as emendas constitucionais, os demais tratados de direitos humanos aprovados pela maioria simples encontra-se em nível intermediário tendo *status* supralegal, e os tratados internacionais comuns encontram-se na base da pirâmide tendo *status* de normativo de lei ordinária, veja-se:

Figura 1 – Atual posição hierárquica dos tratados internacionais



Fonte: Oliveira (2011, p. 4).

Assim, de acordo com o entendimento jurisprudencial assentado no Supremo Tribunal Federal, no RE 466.343-SP e HC 87.585-TO, todos os tratados

internacionais comuns, ou seja aqueles que não cuidam de direitos humanos, como os tratados mercantis, econômicos, de demarcação territorial, de cooperação, entre outros, têm o mesmo valor hierárquico das leis, trata-se de tratados com valor legal, de modo que todos estes tratados internacionais não jushumanitários possuem mesmo valor que a legislação ordinária, com exceção dos tratados de direito tributário, visto que estes por força do art. 98 do Código Tributário Nacional possuem valor supralegal.

Deste modo, tem-se que o direito internacional sendo composto de normas referentes a direitos humanos e de outras normas não referentes a direitos humanos, quais sejam aquelas referentes a tratados comerciais entre outras, o Supremo Tribunal Federal (RE 466.343-SP, HC 87.585-TO) entende que estes últimos, que não versam sobre direitos humanos não ultrapassam o nível de legislação ordinária, embora a doutrina internacionalista representada por Mazzuoli (2009) e Piovesan (2012), por exemplo, entendem que qualquer tratado tem, no mínimo hierarquia supralegal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi apresentado conclui-se que embora o Supremo Tribunal Federal tenha avançado em relação ao tema de conflito entre tratados internacionais e normas internas, com o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos que não observaram o rito do art. 5º, § 3º, da CF/88, são instrumentos de caráter supralegal, ou seja, de nível intermediário, estando abaixo da Constituição mas acima da legislação infraconstitucional, primeiro em 2000 com o voto do Ministro Sepúlveda Pertence no RHC 79.785/RJ, e posteriormente em 2008 no RE 466.343/SP, nos termos do voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, que foi seguido pela maioria dos ministros, onde firmou-se na jurisprudência do STF o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos possuem caráter supralegal, tem-se que esta posição ainda é insuficiente.

Conquanto tenha o Ministro Gilmar Mendes defendido que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos possuem uma hierarquia superior as normas infraconstitucionais, atribuindo a estes a característica da supralegalidade, continua entendendo que os tratados internacionais comuns têm *status* normativo das normas do ordenamento jurídico doméstico, estatuto de lei ordinária, o que não atende as perspectivas do Estado Constitucional contemporâneo cooperativo, que segundo Harberle (2003, p. 75, *apud*, MENDES, 2008, p. 2) trata-se daquele Estado “que não mais se apresenta como um Estado voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais”.

O entendimento de que os tratados internacionais comuns em vigor no Brasil são os que possuem o *status* de norma supralegal estando em nível intermediário, e

que sendo assim não podem ser revogados por lei posterior, é o que demonstra ser mais condizente com o atual Estado Constitucional, uma vez que estes tratados internacionais comuns não estão em paridade normativa com a legislação infraconstitucional. E que todos os tratados internacionais sobre direitos humanos, independente do *quorum* de aprovação, com ou sem o procedimento especial, têm *status* de norma constitucional, isto porque o §2º do artigo 5º da CF/1988 inclui os direitos humanos provenientes de tratados internacionais dentre os seus direitos e garantias protegidos, ampliando o seu bloco de constitucionalidade.

Deste modo, os tratados internacionais de direitos humanos pela própria previsão da ampliação progressiva dos direitos humanos do § 2º do art. 5º da CF, já teriam por si sós, natureza constitucional material, independentemente se aprovados por *quorum* especial ou não.

Pela aprovação pelo *quorum* do § 3º do artigo 5º, da CF/88, os tratados de direitos humanos terão natureza constitucional material e formal, posto que já são materialmente constitucional em função do art. 5º, § 2º. O que o § 3º confere e o *status* normativo de equivalência a emendas constitucionais, de modo que serão material e formalmente constitucional. Ou seja, esta posição aponta que todos os tratados de direitos humanos têm natureza materialmente constitucional, e com a aprovação pelo *quorum* especial do § 3º, art. 5º eles também se tornam formalmente constitucional, pois o § 3º, art. 5º confere apenas a eficácia formal a estes tratados, visto que a índole e o nível materialmente constitucionais eles já tem, em razão do § 2º, art. 5º da Constituição Federal.

Assim, os tratados internacionais de direitos humanos aprovados pela maioria qualificada do art. 5º, §3º, CF/88 que são equivalentes as emendas constitucionais, e os tratados internacionais de direitos humanos que têm estatuto de norma constitucional pelo art. 5º § 2º, CF/88 podem servir de paradigmas de controle de normas infraconstitucionais no Brasil.

Sendo assim, além de haver no Brasil o controle de constitucionalidade que têm como parâmetro de controle a Constituição Federal, há, para a doutrina internacionalista, também o controle de convencionalidade das leis que têm como parâmetro de controle os tratados internacionais de direitos humanos, tanto os aprovados pelo rito especial do § 3º, art. 5º, quanto os demais tratados de direitos humanos não aprovados pelo *quorum* especial.

Tal controle tem a função de proceder à compatibilização vertical das normas infraconstitucionais internas não só tendo como parâmetro de controle a Constituição Federal, mas também os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país. Esta teoria do controle de convencionalidade visa maior proteção, e maior interligação do país com a comunidade internacional, no sentido de respeito e proteção dos direitos humanos.

Assim, conforme já demonstrado, segundo a teoria do Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis, para que haja vigência e posterior validade da produção do direito doméstico, no ordenamento jurídico brasileiro, deverá se proceder a dupla compatibilidade vertical material.

Deste modo, para que as normas internas sejam válidas, deve haver além do controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade das leis por meio da dupla compatibilidade vertical material, em que primeiro se compatibiliza com os direitos expressos e implícitos na Constituição Federal, e com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no Brasil.

O controle das leis com os tratados de direitos humanos equivalentes a emendas constitucionais será por meio do controle de convencionalidade concentrado, em que se poderá propor no STF todas as ações de controle de constitucionalidade. E o controle das leis com os demais tratados de direitos humanos que tem status de norma constitucional, será por meio do controle difuso de convencionalidade.

E em segundo, deve haver a compatibilidade das leis com os tratados internacionais comuns em vigor no país. Esta segunda compatibilidade deve haver em razão de estar os tratados internacionais comuns elevados ao nível de norma supralegal, estando acima das leis, posto não poderem ser revogados por lei interna posterior (MAZZUOLI, 2008), este será feito por meio do controle de legalidade.

Por fim, nota-se que este entendimento tem mais consonância jurídica, maior razoabilidade, visa sobretudo a proteção da pessoa humana, e uma inteligência maior da Constituição Federal, da aplicação e da interpretação de seus preceitos.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. **Revogação da neutralidade do Brasil**. Disponível em: <<http://www.casaruibarbosa.gov.br/>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 dez. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus. n. 87.585-8**. Do Tocantins, Voto-vista do Min. Celso de Mello, de 12 mar. 2008. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Civel_Geral/mg_processo_civil/voto.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus. n. 79785**. Do Rio de Janeiro, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento: 15/08/2000, Data de Publicação: DJ 30/08/2000 P – 00063. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825228/recurso-em-habeas-corpus-rhc-79785-rj-stf>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 466.343**. De São Paulo. Disponível em: <[Http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716540/recurso-extraordinario-re-466343-sp/inteiro-teor-103105487](http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716540/recurso-extraordinario-re-466343-sp/inteiro-teor-103105487)>. Acesso em: 15 jun. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Portugal: Livraria Almeida Coimbra, 1993.

GOMES, Luiz Flávio. **Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica**. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, 2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. São Paulo: RT, 2008a.

_____. **Curso de direito internacional público.** Revisada, atualizada e ampliada. 3. ed. São Paulo: RT, 2009a.

_____. **Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais:** estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. V. 4.

_____. **Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno:** da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes. Tese de Doutorado em Direito. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul/Faculdade de Direito, 2008b. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/132783/000680945.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

_____. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de informação legislativa.** v. 46, n. 181, p. 113-133, jan./mar. 2009 | **Revista dos Tribunais,** São Paulo, v. 98, n. 889, p. 105-147, nov. 2009 | **Revista de Direito do Estado: RDE,** n. 14, abr./jun. 2009b. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194897>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Jurisdição Constitucional:** o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NERY, Nelson. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Evelin Flores de. **Direito constitucional I: direitos fundamentais.** 2011. Disponível em: <<http://slideplayer.com.br/slide/45771/>>. Acesso em: 29 jun. 2016.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Temas de direitos humanos.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMÍREZ, Sergio García. Corte Interamericana de Derechos Humanos, **Caso Trabajadores Cesados del Congreso v. Peru**, de 24 de novembro de 2006, voto apartado do Juiz Sergio García Ramírez, parágrafo 11. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cansado. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Ximenes Lopes Versus Brasil**. 2006 Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/anexo_xviii_-_sentenca.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2016.